

論文式試験問題集
[刑法]

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲（40歳，男性）と乙（35歳，男性）は，数年来の遊び仲間で，働かずに遊んで暮らしていた。甲は，住宅街にある甲所有の2階建て木造一軒家（以下「甲宅」という。）で一人で暮らしており，乙も，甲がそのような甲宅に一人で住んでいることを承知していた。乙は，住宅街にある乙所有の2階建て木造一軒家（以下「乙宅」という。）で内妻Aと二人で暮らしており，甲も，乙がそのような乙宅にAと二人で住んでいることを承知していた。甲宅と乙宅は，直線距離で約2キロメートル離れていた。
- 2 甲と乙は，某年8月下旬頃，働かずに遊びに使う金を手に入れたと考え，その相談をした。そして，甲と乙は，同年9月1日に更に話し合いをし，設定した時間に発火し，その火を周囲の物に燃え移らせる装置（以下「発火装置」という。）を製作し，これを使って甲宅と乙宅に放火した後，正当な請求と見せ掛けて，甲宅と乙宅にそれぞれ掛けてある火災保険の保険金の支払を請求して保険会社から保険金をだまし取り，これを折半することにした。その後，甲と乙は，二人でその製作作業をして，同月5日，同じ性能の発火装置2台（以下，それぞれ「X発火装置」，「Y発火装置」という。）を完成させた上，甲宅と乙宅に放火する日を，Aが旅行に出掛けて乙宅を留守にしている同月8日の夜に決めた。
- 3 Aは，同日昼，旅行に出掛けて乙宅を留守にした。
- 4 甲と乙は，同日午後7時，二人で，甲宅内にX発火装置を運び込んで甲宅の1階の居間の木製の床板上に置き，同日午後9時に発火するように設定した。その時，甲宅の2階の部屋には，甲宅内に勝手に入り込んで寝ていた甲の知人Bがいたが，甲と乙は，Bが甲宅にいることには気付かなかった。
その後，甲と乙は，同日午後7時30分，二人で，乙宅の敷地内にあつて普段から物置として使用している乙所有の木造の小屋（以下「乙物置」という。）内にY発火装置を運び込んで，乙物置内の床に置かれていた，洋服が入った段ボール箱（いずれも乙所有）上に置き，同日午後9時30分に発火するように設定した。なお，乙物置は，乙宅とは屋根付きの長さ約3メートルの木造の渡り廊下でつながっており，甲と乙は，そのような構造で乙宅と乙物置がつながっていることや，乙物置及び渡り廊下がいずれも木造であることを承知していた。
その後，甲と乙は，乙宅の敷地内から出て別れた。
- 5 甲宅の2階の部屋で寝ていたBは，同日午後8時50分に目を覚まし，甲宅の1階の居間に行ってテレビを見ていた。すると，X発火装置が，同日午後9時，設定したとおりに作動して発火した。Bは，その様子を見て驚き，すぐに甲宅から逃げ出した。その後，X発火装置から出た火は，同装置そばの木製の床板に燃え移り，同床板が燃え始めたものの，その燃え移った火は，同床板の表面の約10センチメートル四方まで燃え広がったところで自然に消えた。なお，甲と乙は，終始，Bが甲宅にいたことに気付かなかった。
- 6 Y発火装置は，同日午後9時30分，設定したとおりに作動して発火した。乙は，その時，乙宅の付近でうろついて様子をうかがっていたが，Y発火装置の発火時間となって，「このままだと自分の家が燃えてしまうが，やはりAには迷惑を掛けたくない。それに，その火が隣の家に燃え移ったら危ないし，近所にも迷惑を掛けたくない。こんなことはやめよう。」と考え，火を消すために乙物置内に入った。すると，Y発火装置から出た火が同装置が置いてある前記段ボール箱に燃え移っていたので，乙は，乙物置内にある消火器を使って消火活動をし，同日午後9時35分，その火を消し止めた。乙物置内で燃えたものは，Y発火装置のほか，同段ボール箱の一部と同箱内の洋服の一部のみで，乙物置には，床，壁，天井等を含め火は燃え移ら

ず，焦げた箇所もなかった。また，前記渡り廊下及び乙宅にも，火は燃え移らず，焦げた箇所もなかった。

- 7 その後，甲と乙は，甲宅と乙宅にそれぞれ掛けてある火災保険の保険金を手に入れることを諦め，保険会社に対する保険金の支払の請求をしなかった。

参考答案
[刑法]

第1 甲及び乙が、X発火装置を用い、甲宅木製の床版の表面約10センチメートル四方を燃やした行為に、現住建造物放火未遂罪の共同正犯が成立するか（刑法60条、112条、108条（以下、刑法について法名略））。

1 甲宅は、「人」たるBがいるところ、「現に人がいる建造物」にあたる（108条）。

2 また、甲及び乙は、共謀して、甲宅にX発火装置を設置しているところ、同発火装置は設定した時間に発火し、その火を周囲の物に燃え移らせるものであったのだから、かかる行為の時点で甲宅に対する焼損の現実的危険性が惹起されたといえ、「実行に着手し」たといえる（43条前段参照）。

3 そして、燃焼作用の特性から「焼損」が要件とされたといえるから、「焼損」とは、被が媒介物を離れて、独立に燃焼を継続しうる状態に達したことをいう。

本件では、火が媒介物たるX発火装置を離れて、甲宅木製の床版の表面約10センチメートル四方を燃やしているものの、自然に火が消えており、独立に燃焼を継続しうる状態に達したとはいえない。したがって、「焼損」は認められない。

3 もっとも、甲及び乙は、甲宅にBがいることの認識を欠いているところ、現住建造物放火罪の故意が認められない。

4 したがって、上記行為に、同未遂罪の共同正犯は成立しない。

第2 上記行為に、他人所有現住建造物放火未遂罪の共同正犯が成立するか（60条、112条、109条1項）。

1 甲宅は、共犯者たる甲所有の建物であり「自己の所有に係るもの」にあたるが、甲宅には火災保険が掛けられていたため、「保険に付したものである」か

ら「他人の物」にあたる。そして、甲及び乙は、その認識があったのであるから、甲及び乙に同罪の故意が認められる。

2 では、上記行為に、同罪の客観的構成要件該当性が認められるか。

この点、構成要件は、保護法益と行為態様により犯罪を類型化したものであるから、かかる観点から構成要件の実質的な重なり合いが認められる場合には、客観的構成要件該当性が認められると解する。

そして、他人所有非現住建造物放火未遂罪と現住建造物放火未遂罪は、ともに社会的法益に対する罪として公共の安全を保護法益とし、行為態様として放火行為を要求する。そのため、両罪に実質的な重なり合いが認められる。

したがって、他人所有非現住建造物放火未遂罪の客観的構成要件該当性が認められる。

3 よって、上記行為に、他人所有非現住建造物放火未遂罪の挙動正犯が成立する。

第3 甲及び乙が、Y発火装置を用い、乙物置内の段ボール箱を燃やした行為に、現住建造物放火未遂罪の共同正犯が成立するか（刑法60条、112条、108条）。

1 「人」とは、放火犯人以外の者をいうところ、「人」たるAは上記行為時点で旅行に出掛けて乙宅を留守にしていたものの、一時的なものにすぎないといえ、乙宅の使用形態に変更はないから、乙宅は「現に人が住居に使用し」ている建造物にあたる。

2 では、甲及び乙が共謀して非現住部分である乙物置にY発火装置を置いた行為が、同罪の「放火」の着手にあたるか。非現住部分と現住部分の一体性が

肯定されれば、非現住部分に対する放火であっても、建物全体に対する放火が認められる。

そして、現住建造物等放火罪が重く処罰される根拠は、現在する可能性のある人に対する危険にあることから、物理的一体性および機能的一体性の観点から、一体性を判断すべきと解する。

本件では、まず、乙建物と乙物置が屋根付きの長さ約3メートルの木造の渡り廊下でつながっており、両者の物理的接続が認められる。また、木造の渡り廊下であり、長さも極めて近いのであるから、延焼可能性が認められる。したがって、物理的一体性が肯定できる。さらに、乙物置は、普段から使用されていたのであるから、Aらが行き来する可能性があったといえ、機能的一体性も認められる。そうだとすれば、両観点のいずれから乙物置と乙建物の一体性が認められる。

したがって、上記行為に、現住建造物に対する放火の着手が認められる。

3 また、本件では、媒介物たる段ボール箱が燃えたにとどまっているから、独立に燃焼をしたといえず、「焼損」は認められない。

4 よって、上記行為に、現住建造物放火未遂罪の共同正犯が成立する。

5 もっとも、本件では、乙が消火活動をしているところ、中止犯が成立し(43条ただし書)、刑が必要的に減免されないか。

(1) まず、乙らは、すでに実行を終了しているところ、本件は実行未遂の場合にあたるから、「中止した」といいうるためには任意に結果の発生を妨げることによって、既遂の状態に至らせないことが必要であり、そのため結果発生回避のための真摯な努力が要求されると解する。

そして、乙は、消火器を使って火を消し止めており、消火活動としては十分な行為をしているから、結果発生回避のための真摯な努力をしたといえ、「中止した」といえる。

(2) また、中止犯の必要的減免の根拠は、中止行為に現れた真摯な態度による責任減少にあるから、外部的事情によらない自発的な中止の場合は「自己の意思により」といえると解する。

本件では、何らの外部的事情によらず、Aや近所に迷惑を掛けたくないと思い中止行為に出ているから、「自己の意思により」といえる。

(3) よって、乙に中止犯が成立し、刑が必要的に減免される。もっとも、中止犯の必要的減免の根拠は上述の通り、責任減少にあるから個別に判断されるべきであり、甲については、同人が共犯者であるとしても、中止行為に及んでいない以上、中止犯が成立しない。

第4 甲及び乙の放火行為に、詐欺未遂罪の共同正犯が成立するか(60条、250条、246条1項)。

この点、保険金詐取目的で、放火をした場合でも、保険金の支払請求がない以上、詐欺による財産権侵害の現実的危険性が惹起されているとはいえない。

したがって、本件において、放火行為に詐欺罪の実行の着手は認められない。

第5 罪責

甲及び乙は、他人所有非現住建造物放火未遂罪の共同正犯、現住建造物放火未遂罪の共同正犯の罪責を負い、両者は併合罪(45条前段)となる。もっとも、乙については、後者につき必要的減免がなされる。 以上

解説

1 はじめに

本問で主に問題となるのは、実行の着手時期、放火罪における客体の一体性、「焼損」の意義、抽象的事実の錯誤、中止犯の論点である。

第一に、X発火装置、Y発火装置を用いた放火計画(以下、「本件放火計画」)は、後述の通り、いずれも「建造物」たる甲宅・乙宅を「焼損」していないと評価しうる。そのため、「焼損」を認めない場合には、未遂罪を検討する上で、放火罪の実行の着手が認められるかが問題となる(なお、未遂罪の成立を否定する場合には、予備罪が成立するかが問題となる。)

第二に、Y発火装置による放火については、非現住部分である乙物置に着火しようとしたにすぎないところ、現住建造物等放火未遂罪の検討をする上で、乙建物と乙物置の一体性が認められるかが問題となる。そのため、放火罪の客体の一体性をどのように判断するかかが問題となる。

第三に、上述の通り、Y発火装置による放火では「段ボール箱」が燃えたのみであること、X発火装置による放火についても「甲宅の床板約10センチメートル四方」が燃えたのみで自然に火が消えていることから、「焼損」が認められるかが問題となる。

そのほか、X発火装置による放火において、甲及び乙は、甲が一人で暮らす甲宅にBがいたことを認識していないところ、甲宅は、両行為者の主観面において非現住・非現住建造物である。そのため、現住建造物等放火罪の故意が認められず、他人所有非現住建造物放火罪の故意しか認められない(なお、甲宅は、保険が掛けられたため、刑115条により、他人所有非現住建造物である。)。他方で、客観的には現住建造物等放火(未遂)罪を行っていることから、抽象的事実の錯誤(客観的構成要件該当性)が問題となる。また、乙は、消火活動を行っているところ、中止犯が成立するかが問題となる。中止犯が成立する場合には、それが共犯たる甲に対し影響を及ぼすかについても問題となる。

以下では、まず上記の論点について、判例・学説を踏まえつつ、参考答案の形ではなく、解説の形式で一定の立場とその理由を示す。その上で、本年度の試験が迫っていることに鑑み、短答式試験や論文式試験との関係で補足すべき関連情報(本問と直接かかわりのない情報)についても記載する。

2 実行の着手

(1) 指針 まず本問では、(後述の通り、)「焼損」が認められないと考えられるところ、放火罪には、未遂処罰規定があることから、未遂犯の成否が問題となる。未遂犯が成立には、実行の着手が認められる必要があるが、実行の着手が認められない場合、予備処罰規定がない限り、不可罰である(なお、本問で実行の着手が否定する場合、予備罪が成立すると考えられるが(刑113条)、本解説では同罪について扱わない。)

実行の着手とは、いわゆる実質的客観説に立つ限り、結果発生の実質的危険性のある行為の開始(実質的客観説——実質的行為説)、あるいは既遂結果の具体的危険の発生をいう(実質的客観説——結果説)。

(2) 本問の検討

本問において、X発火装置・Y発火装置は、設定時刻になれば発火が生じ、その火を周囲の物に燃え移らせる装置だったのであるから、両装置の設置行為には、「焼損」の実質的危険性(または、設置時点で「焼損」の具体

的危険の発生)が認められる。以上によれば、実行の着手は認められる。

(3) 補足1—放火罪における実行の着手について

本問とは直接関係はないが、放火罪の実行の着手に関する裁判例では、ガソリンをまく行為に実行の着手を肯定しつつ、灯油をまく行為には実行の着手を否定する傾向がみられる。この傾向は、両者の揮発性の違いから説明されることが多いが、いわゆるクロロホルム事件が犯行計画を考慮して危険性を判断していることとの関係では疑問が生じうる。すなわち、「危険」との用語には、①「その行為が結果を発生させる性質を備えている」という意味で用いられる場合と、②「結果発生が差し迫っている」という意味で用いられる場合があるところ(十河・後掲118頁)、クロロホルム事件判決では、②の「危険」が実行の着手を根拠づけていると考えられる(橋爪・総論280頁)。そのため、同判決と整合的に考えれば、揮発性が乏しく①の「危険」に乏しい灯油をまく行為であっても、②の「危険」が認められる場合がありうるから、その場合には実行の着手が認められるはずである。この点に関しては、「実務においては、犯行計画のみを根拠として未遂犯の成立を認めることには相当に慎重であり、原則として①②の危険性が共に認められる場合に限って、未遂犯の成立を認める感覚が強い」(橋爪・総論281頁)との分析が参考になる。

(4) 補足2—予備罪について

予備罪については、刑法上、①内乱予備罪、②外患予備罪、③私戦予備罪、④放火予備罪、⑤通貨偽造準備罪、⑥殺人予備罪、⑦身代金目的略取等予備罪、⑧強盗予備罪の8つのみが規定されている。

④放火予備罪については、現住建造物等放火罪(刑108条)・他人所有非現住建造物等放火罪(刑109条1項)を犯す目的で、その予備をした場合にのみ成立する点に注意が必要である。したがって、たとえば、甲が「Aが所有する自動二輪車に放火するため、これに使用するガソリンとライターを所持して同自動二輪車に近づいたが、甲に不審を抱いた警察官から職務質問を受け、放火するに至らなかった……場合、甲には、放火予備罪は成立しない」ことになる。

3 「建造物」の一体性

刑法は、放火罪の客体を建造物等と建造物等以外に二分した上で、両者を大きく区別しており、前者を客体とする放火の場合、処罰はより重く、未遂の場合も処罰する。また、建造物等については、「現に人の住居に使用」(現住)する建造物等及び「人の現在する」建造物等並びに「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない建造物」等、を区別している。このように、放火罪の中心的な犯罪類型は、現住建造物等放火罪(刑108条)、非現住建造物等放火罪(刑109条)、建造物等以外放火罪(刑110条)に大別できる(佐藤・36頁)。

(1) 一体性について

判例・通説によれば、人的被害や公共の危険が発生していても、「建造物」などの客体が独立に燃焼していなければ、既遂とならない。これは、放火罪が、物自体の毀損を超えて広範な危険が生じうるという「燃焼作用の特性」を重視して「焼損」を要件としたからであると考えられる。建造物の一体性については、「どこまでが一つの建造物といえるか」という個性の範囲を画する問題と、「どこまでが現住性・現在性があるといえるか」という現住性・現在性の範囲を画する問題(一方に備わっている現住性・現在性を他方にも伸展できるか否かの問題)の両方を区別せずに論じられることが多いが、いずれ

にしても、客体を建造物等と評価するか(又は、現住・現在建造物等と評価するか)にかかわる重要な問題として理解される。

判例は、非現住・非現在部分である神社の祭具庫に放火し、同様に非現住・非現在部分である本殿や祭具庫を焼損した事例において、物理的一体性と機能的一体性という二つの観点を重視して一体性の基準を具体化しており、物理的接続と延焼可能性の判断を前者に取り込みつつ、現住・現在部分から非現住・非現在部分へ人が行き来する可能性(人が接近する可能性)という意味において後者を判断していると考えられる(もともと、物理的一体性と機能的一体性の基準の適用は、少なくとも同判例と同じような複数の建物が接合された事案において一般に支持されているようであるが、大規模対価性建造物に関する事案でもそうであるかは明らかでない。)

同判例の調査官解説によれば、物理的一体性と機能的一体性は、相互に独立のものとしてされている。これによれば、両者はいずれも、(単独の具備で、)一個性を基礎付け(塩見・68頁)、現住性・現住性を肯定しうることになる(佐藤・825頁)。これに対し、学説のなかでは、同様に物理的一体性と機能的一体性のいずれかがあればよいとするものがあるもの(前田・刑法各論316頁)、一般には、一個性の判断において、物理的一体性を主たる基準とし、機能的一体性については、補助的なものと考えているようである(佐藤・825頁)。これは、「建造「物」という文言からは、物理的に接続することは、一個性の最低条件である」と考えるべきことや(塩見・68頁)、現住・現住部分から人が接近する可能性を根拠づける機能的一体性が、現住性・現住性の範囲を画する上では重要であるとしても、あくまで「どこまでが一つの建造物といえるか」との関係では、建造物の一個性を判断する上で重要な観点とはいえないことから説明される(橋爪・101頁)。同様に、延焼可能性についても物理的一体性の判断において、物理的接続を前提とし、延焼可能性は一個性を否定する要素として位置づけることが考えられる。このように、学説の有力な見解によれば、延焼可能性・機能的一体性は、「建造物等の一個性を基礎付ける積極的要件ではなく、両者が共に欠落する場合に例外的に現住性・現住性を否定する消極的要件」として理解される(橋爪・101頁)。この点に関し、「物理的一体性」のなかに延焼可能性を読み込むのではなく、これを独立した一個性の考慮要素とし、建造「物」としての外延を「物理的接続関係」などと区別する方がわかりやすい」との指摘が参考になる(塩見・68-69頁)。

4 「焼損」の意義

「焼損」の意義については、伝統的に学説の対立があったところであるが、近時、不燃性建造物の増加に伴い、再度「焼損」の意義についての議論が展開されている。媒介物を離れ目的物が独立に燃焼を開始したことを「焼損」とする独立燃焼説(判例・通説)、客体の重要部

分客体が独立に燃焼を始めたことを「焼損」とする重要部分燃焼開始説、火力により重要な部分を焼失し、その効用を失ったことを「焼損」とする効用喪失説、毀棄罪と同様に客体が損壊されたことを「焼損」とする毀棄説などの対立がある。

判例は、「火勢は放火の媒介物を離れて家屋が独立燃焼する程度に達したことが認められるので、……既遂罪を構成する」(最三小昭和23年11月2日刑集2巻12号1443頁)や、「媒介物を離れて判示家屋の部分に燃え移り独立して燃焼する程度に達したことが明らかであるから、……焼損した判示として欠くところはない」(最一小昭和25年5月25日刑集4巻5号854頁)などとしており、独立燃焼説の立場に立つとされている。

5 その他の論点

抽象的事実の錯誤については、軽い罪の故意で重い罪を実現した場合、重い罪の故意で軽い罪を実現した場合、法定刑が同一の罪の故意で別の罪を実点した場合の三類型がある。抽象的事実の錯誤について、刑法38条2項により、「重い罪によって処断することはできない」と規定される以外に刑法上の明文の規定がないことから、いかなる場合に(客観的・主観的)構成要件を充足するかが問題となる。

抽象的事実の錯誤については、抽象的付合説と法定的付合説等の学説上の対立があるが、法定的付合説のうち、構成要件を実質的に把握して、保護法益と行為態様の重なり合いを問題とする実質的付合説によれば、軽い罪の故意で重い罪を実現した場合、同項の適用により重い罪が成立しないことを前提に、重い罪と軽い罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で、客観的構成要件該当性を肯定することとなる。

また、中止犯については、その法的性質から「自己の意思により」や「中止した」といえるか等の解釈がなされる。なお、裁判例には、以下のように判示した者があり参考になる。「中止未遂は、犯罪の実行に着手した未遂犯人が自己の自発的な任意行為によって結果の発生を阻止して既遂に至らしめないことを要件とするが、中止未遂はもとより犯人の中止行為を内容とするものであるところ、その中止行為は、着手未遂の段階においては、実行行為の終了までに自発的に犯意を放棄してそれ以上の実行を行わないことで足りるが、実行未遂の場合にあっては、犯人の実行行為は終っているのであるから、中止行為といいうるためには任意に結果の発生を妨げることによって、既遂の状態に至らせないことが必要であり、そのため結果発生回避のための真しな努力が要求される所以である」(東京高判昭和51年7月14日判時834号106頁)。

さらに本問では、共犯者の一部に成立する中止犯効果が他の共犯者に及ぶかが問題となりうるが、責任減少説の立場によれば、「責任は個別に」という責任の個別性から連帯を否定することになると考えられる。

* * * * *

【参考文献】

- 井田良「放火罪」法教2011年9月号(No.372)62頁-72頁
- 塩見淳「公共危険犯としての放火罪」法教2013年4月(No.391)61頁-69p頁
- 橋爪隆「放火罪をめぐる問題について」法教2018年3月(No.450)94頁-106頁
- 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020年)
- 佐藤輝幸「公共危険犯としての放火罪(一)」法協132巻5号753頁-841頁
- 十河太郎「演習」法教2018年6月(No.448)118-119頁
- 香城敏磨「複数の建物が廻廊等により接続されていた神宮社殿が一個の現住建造物に当たるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇平成元年度234-253頁